III.

Vom pretium certum beim Kauf und namentlich der Preisbestimmung durch Arbitratoren.

Von Herrn Dr. Ude,
Assessor am Herzoglichen Kreisgerichte Braunschweig.

I.

Ein allgemeines Erforderniß der obligatorischen Rechtsgeschäfte ist die Bestimmtheit des Gegenstandes. Diese Bestimmtheit des Gegenstandes muß sich auf alle wesentlichen Theile des Geschäfts erstrecken, also bei Bilateralcontracten Leistung und Gegenleistung ergreifen. Da nun der Kaufpreis zu den substantiellen Erfordernissen des Kaufgeschäfts gehört, so muß auch rücksichtlich seiner jenes allgemeine Requisit der Bestimmtheit vorliegen.

Was ist nun unter der Bestimmtheit des Kaufpreises zu verstehen?

Das pretium muß per rerum naturam oder, wie Ulpian in l. 7. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. es ausdrückt, in rei veritate bestimmt sein. Justinian giebt in solcher Beziehung als Regel an:

Quae per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, etiamsi apud nos incerta sint.

§. 6. I. de verb. oblig. 3. 15.

Die Bestimmtheit ist also objectiv, nicht gerade nach dem Bewußtsein der Contrahenten zu verstehen; die den Kaufpreis bildende Summe muß an sich bestimmt, wenngleich nicht gewußt sein. Wie wir aus l. 6. D. de reb. cred. 12. 1. ersehen, kömmt hinsichtlich der Bestimmtheit auch nichts darauf an, auf welche Weise eine Sache bezeichnet wird, ob sie namentlich (nomine suo) oder vielleicht durch Bezugnahme auf andere Sachenbegriffe, welche zur Verständigung dienen können, (demonstratione, quae nominis vice fungitur) bezeichnet wird. Es braucht deshalb das pretium nicht gleich anfänglich von den Contrahenten genau seinem Betrage nach angegeben zu werden, wie wenn z. B. ein Grundstück für 100 aurei verkauft wird, sondern es genügt auch die Bezugnahme auf

ein feststehendes, den Contrahenten zur Zeit noch unbekanntes Quantum.[1]) Hierher gehören die in den Quellen aufgeführten Beispiele:

Quanti Titius aestimaverit, — quanti tu eum (fundum) emisti, — quantum pretii in arca habeo, — quanti a testatore emtus est.

§. 1. 2. I. de emt. et vend. 3. 23. l. 15. C. de contr. emt. 4. 38. l. 7. §. 1. l. 37. D. de contr. emt. 18. 1. l. 75. §. 6. D. de verb. oblig. 45. 1.

Eine solche Bezugnahme auf eine andere, ihrem Betrage nach feststehende Summe geschieht nur zur Bezeichnung des als Preis anzunehmenden quantitativen Begriffs (demonstrationis causa), und es schließt deshalb eine derartige Preisbestimmung die stillschweigende Voraussetzung in sich, daß der Andere das Grundstück wirklich für Geld erkauft hat, daß irgend eine Summe Geldes, wenn auch eine noch so geringe, in arca vorhanden ist. Eine derartige Uebereinkunft ist aber nicht, wie bei der emtio spei, darauf gerichtet, daß es als Kaufpreis gelten solle, möge irgend etwas in arca sein oder nicht. Wenn also das relatum keinen Preis ergiebt, so bleibt das Geschäft, weil es an einer wesentlichen Voraussetzung seines Inhalts — dem Kaufpreise und dessen Bestimmtheit — fehlt, imperfect. Verkaufe ich z. B. ein Grundstück zu dem

1) Es kann also selbst unaufgezähltes Geld, Geld in folle, den Kaufpreis bilden. Entgegen ist auch nicht §. 2 I. de emt. et. vend. 3. 23., wo der Ausdruck „numerata pecunia" — baares Geld, klingende Münze — nur vom Gelde im Gegensatze zu anderen, nicht vertretbaren Sachen zu verstehen ist. Vergl. l. 25 §. 6. D. locati cond. 19. 2. Dafür spricht der Nachsatz und die Paraphrase des Theophilus, welche schlechthin „Geld" (ἐν ἀργυρίοις) übersetzt. Die l. ult. D. de cond. causa data causa non sec. 12. 4., welche ebenfalls für die gegentheilige Meinung in Bezug genommen wird, erklärt sich aus der Theorie der s. g. Innominatcontracte. Vgl. Schweppe Pand. III. §. 461. Anmkg. 5. v. Wening-Ingenheim Pand. III. Cap. V. §. 144 (259). Mühlenbruch Pand. II. §. 391. Anmkg. 6. und die daselbst Citirten. Lauterbach colleg. theor. pract. 18. 1. §. 38. „numerata pecunia — sive nummis ad numerum solvendis." A. M. ist Glück im Comment. §. 977. (Band XVI S. 67). Siehe jedoch ebendaselbst S. 76.

Preise, für welchen es mein Erblasser gekauft hat, und es stellt sich dann heraus, daß dieser solches Grundstück nicht gekauft, sondern geschenkt erhalten hat, so ist kein Kaufgeschäft zu Stande gekommen. So Ulpian in l. 37. D. de contr. emt. 18. 1.

Anders gestaltet sich der Fall, wenn es bei einem Kaufe heißt:

est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero. l. 7. §. 2. D. de contr, emt. 18. 1.

Hier ist ein pretium certum vorhanden und nur die Nebenfrage, ob der Preis demnächst einen Zuwachs erhalten solle, in die Bedingung gestellt. Geht auch letztere nicht in Erfüllung, so bleibt doch in den principaliter stipulirten centum immer noch ein pretium certum bestehen.

II.

Wie wir aus dem in §. 1. 2. I. de emt. et vend. 3. 23. und l. 15. C. de contr. emt. 4. 38. behandelten Falle „quanti Titius aestimaverit" ersehen, kann die Preisbestimmung auf indirectem Wege auch durch s. g. collatio in arbitrium tertii geschehen.

Dieser Dritte (Arbitrator, Achtsmann, Schiedsmann) muß bestimmt d. h. genannt oder sonst in einer Weise bezeichnet sein, daß über die Person desselben kein gegründeter Zweifel herrschen kann. Ist auf eine nicht individualisirte Person provocirt, wie z. B. in dem Falle: „ich will für das Grundstück geben, was unparteiische und sachverständige Männer für billig halten," so bleibt das Geschäft nach l. 25. D. locati cond. 19. 2. in Verb. mit §. 1. I. und l. ult. C. cit. imperfect [2])

2) Donellus comm. de jure civ. XIII. 1. §. 10. gibt sehr treffend als Grund an: „Nam quum unus aliquis pretium, quod videtur, dixerit, dicet unus ex contrahentibus, cui aestimatio non placebit, se de eo aestimatore non sensisse, aut non de eo solo, ad alios etiam eundum esse, quorum arbitrium exploretur. At poterit postea alius aliud dicere et rursum alius aliud, unde incertitudo abeat in infinitum atque ita ignoretur, quid hic potissimum sequamur."

Einer sehr verbreiteten Meinung zufolge, die man auf l. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. zu stützen sucht, soll ausnahmsweise im Pfandvertrage wirksam bedungen werden können, daß die verpfändete Sache bei nicht rechtzeitiger Entrichtung des Pfandschillings justo pretio tunc aestimando (worunter man schlechthin eine Taxe Sachverständiger verstehen will) an den Pfandgläubiger verkauft sein solle. Aeltere Rechtslehrer nehmen mit Accursius an, daß es sich hier um eine in favorem des Pfandvertrags zugelassene Singularität handele, durch welche das Herleihen auf Pfänder erleichtert und zur Belebung des Geldverkehrs habe bewirkt werden sollen, daß sich um so eher Personen zum Geldherleihen finden möchten. Abgesehen davon, daß die conventio de vendendo justo pretio postea aestimando hier in der Bedeutung eines pactum adjectum vorkömmt, welches an einen wirksamen und verbindlichen Hauptvertrag sich anschließt, und daß außerdem in der Stelle nur von einem jure emtoris possidere die Rede ist und das Geschäft selbst mehr als kaufähnliche datio in solutum (videtur quodammodo conditionalis esse venditio) aufgefaßt zu sein scheint, läßt es die allgemeine Fassung „jure emtoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam“ völlig unbestimmt, mit welchem Momente die Perfection des Geschäfts anheben soll, und wie die Abrede wegen Abschätzung des Pfandobjects, welche letztere als eine außer dem Bereiche der fraglichen Erörterung liegender Punkt absichtlich nicht näher berührt zu sein scheint, beschaffen sein müsse, damit das Geschäft als Innominatcontract oder eigentliche emtio venditio bestehen könne; und es rechtfertigt sich bei jener allgemeinen Haltung der Stelle noch keineswegs die Annahme, daß der Jurist nur an ein völlig impersonelles arbitrium boni viri gedacht habe oder letzteres gar mit einer eigentlichen emtio venditio habe in Verbindung bringen wollen. Unseres Erachtens hat Marcian vorzugsweise von der Erlaubtheit jener s. g. conventio de vendendo im Gegensatze zu dem Verbote der lex commissoria handeln wollen und hinsichtlich der nicht näher ausgeführten Nebenfrage, wie die Abrede wegen Abschätzung des Pfandobjects beschaffen sein müsse, damit das

Geschäft als Innominatcontract oder eigentliche emtio venditio Wirksamkeit erlangen könne, ganz die gewöhnlichen Grundsätze im Sinne gehabt.[3])

3) Neuere Rechtslehrer (Arndts Pand. §. 300. Sintenis Civilr. §. 83. Nr. 4, Note 67.) legen der obigen Stelle principielle Bedeutung bei und lassen ein impersonell beliebtes arbitrium als wirksamen Modus der Kaufpreisbestimmung dann zu, wenn die Parteien auf das arbitrium boni viri, d. i. ein gutachtliches Ermessen nach Recht und Billigkeit haben provociren wollen. Man beruft sich ferner auf die fast völlig interpolirte l. 57 D. de contrah. emt. 18. 1., nach welcher, wenn der geringere Theil eines verkauften Hauses schon vorher durch Feuer zerstört worden ist und die Contrahenten mit diesem Ereignisse beim Contractsschlusse unbekannt gewesen sind, eine Reduction des Kaufpreises aestimatione viri boni arbitratu habita stattfinden soll. Es handelt sich dabei aber nur um Ermittelung des proportionalen Verhältnisses zwischen dem durch Feuer zerstörten und dem von letzterem verschont gebliebenen Gebäudetheile und danach vorzunehmende Berichtigung eines schon vorhandenen pretium mere conventionale. Man citirt ferner l. 50 D. soluto matrimonio 24. 3. und l. 35 D. mandati 17. 1. Die erstgedachte Stelle beginnt mit der unserem obigen Falle schon an und für sich ziemlich fern liegenden quaestio, ob hinsichtlich der dos aestimata gültig verabredet werden könne, daß die Restitution demnächst habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitratu stattfinden solle. In dem am Schlusse folgenden eigentlichen responsum wird aber auf die obige Frage nicht näher eingegangen und nur gesagt, die res exstantes müßten zurückgegeben werden, atque si nulla aestimatio intervenisset. Auch in der l. 35 cit. ist nicht von unmittelbarer Preisbestimmung durch arbitrium, sondern nur von einer auf solchem Wege vorzunehmenden Repartition eines rein vertragsmäßigen Kaufpreises auf mehrere Theilkäufer die Rede. Es läßt sich deshalb aus dieser und der ersterwähnten Stelle höchstens der Satz herleiten, daß auch das pretium conventionale unter Umständen einer reductio arbitratu boni viri fähig sei. Gegen die Annahme, als könne ein eigentliches Kaufgeschäft auch dann bestehen, wenn die Preisbestimmung unbestimmt in das billige Ermessen eines unparteiischen Dritten verstellt werde, spricht vorzugsweise die Erwägung, daß die älteren römischen Juristen schon den bei weitem bestimmteren und der Vollendung näheren Fall einer Berufung auf das billige Ermessen eines benannten Dritten für zweifelhaft hielten, und daß Justinian in der mehrerwähnten l. ult. C. verb.: „nulla conjectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerint, quia hoc penitus impossibile esse credentes per hujus-

Wie wir aus Gajus III. §. 140. und §. 1. I. de emt. et vend. 3. 23. ersehen, herrschte über die Wirksamkeit und die Bedeutung einer solchen Preisbestimmung „quanti Titius aestimaverit" Streit unter den älteren Juristen. Dieser drehete sich namentlich um die Frage, ob die Contrahenten in einem solchen Falle an die Person des Titius gebunden seien, oder ob sie vielleicht, wenn Titius nicht schätzen wolle oder könne, eine andere Person als Schätzer wählen könnten. Der letzteren Ansicht waren die Sabinianer, während die Proculianer ein Abgehen von der Person des ursprünglich ernannten Titius nicht zulassen wollten. Der Ansicht der Proculianer ist Justinian in der l. ult. C. de contr. emt. IV. 38. — einer von den bekannten 50 decisiones — beigetreten, in welcher

---

modi sanctionem expellimus," — von der Annahme ausgeht, daß ein solches impersonell beliebtes arbitrium beim Kaufgeschäfte geradezu unmöglich sei. Im Hinblicke auf die zahlreichen Quellenaussprüche, nach welchen unter arbitrium bei bonae fidei Geschäften im Zweifel ein arbitrium boni viri verstanden werden soll, wird man aber nicht etwa annehmen dürfen, daß die Worte „hoc penitus impossibile esse credentes" auf die muthmaßliche Willensmeinung der Contrahenten zu beziehen seien.

Eine andere Frage ist es aber, ob nicht unsere deutsche Rechtsübung, welche hinsichtlich der Klagbarkeit der Verträge freiere Grundsätze angenommen hat, jenen streng römischen Standpunkt verlassen und wenigstens unter gewissen Voraussetzungen ein impersonelles arbitrium boni viri für zulässig gehalten habe. Schon ältere Rechtslehrer, wie z. B. Brunnemann in leg. ult. C. IV. 39., wollen ein eigentliches Kaufgeschäft selbst dann zu Stande kommen lassen, wenn hinsichtlich der Preisbestimmung auf Sachverständige, von denen der eine vom Käufer, der andere vom Verkäufer ernannt werden soll, provocirt wird, und Sintenis a. a. O. stellt schlechthin die Behauptung auf, daß die Zulässigkeit eines impersonellen arbitrii boni viri h. z. T. keinem Zweifel unterliege, indem unzählige Obligationen eingegangen würden, in welchen der Betrag einer künftigen Leistung z. B. „nach landwirthschaftlicher Taxe," „nach kaufmännischem Ermessen" und dergl. im Voraus verabredet werde. Will man derartigen Beredungen, welche für Zwangsenteignungen und ähnliche mehr publicistische Verhältnisse geradezu particularrechtlich vorgeschrieben zu sein pflegen, auch nicht alle Bedeutung abstreiten, so wird man doch nicht soweit gehen dürfen, in einem solchen Geschäfte (einem kaufähnlichen Consensualcontracte ohne technische Bezeichnung) eine emtio venditio im streng römischen Sinne erblicken zu wollen.

verordnet wird, daß ein solcher Kauf, bei welchem die Preisbestimmung auf das arbitrium eines Dritten verstellt werde, als unter der Bedingung eingegangen gelten solle, daß der ernannte Dritte wirklich arbitriren werde. Es ergiebt sich aus dieser Auffassung, wie auch in der Constitution ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Perfection des Geschäfts lediglich davon abhängt, ob der gewählte Arbitrator wirklich arbitrirt, daß beide Contrahenten die Entscheidung des Dritten abzuwarten verpflichtet sind, und daß sich das Geschäft wegen Deficienz der obigen Bedingung zerschlägt, wenn der erwählte Dritte nicht arbitriren will oder — weil er vielleicht mit Tode abgegangen ist — nicht arbitriren kann.

Derselbe Grundsatz, welcher in l. 25 D. D. locati cond. 19. 2. auf die locatio conductio, in l. 75. D. pro socio 17. 2. auf die Societät und in l. 43, 44. D. de verb. oblig. 45. 1. auch auf Stipulationen zur Anwendung gebracht wird, ist, wie wir wohl mit Grund annehmen dürfen, als eine auf alle Vertragsarten zu beziehende Regel zu betrachten, während bei Legaten nach l. 1. §. 1. D. de leg. 2. gerade das Umgekehrte gilt, das arbitrium mithin in der Bedeutung eines arbitrii boni viri von der Person des ernannten arbitrator nicht abhängig ist.[4])

III.

Findet im Falle eines unbilligen Ausspruchs eine s. g. reductio ad arbitrium boni viri statt, und wie haben wir uns dieselbe zu denken?

Diejenigen, welche eine solche Reduction zulassen,[5]) berufen sich auf

---

4) Vgl. über die Gründe dieser verschiedenen Behandlung Noodt comm. XVIII 1. (in opp. II. p. 390.)

5) Cfr. Noodt comm. XVIII. 1 (in opp. II. p. 390.) Voet XVIII. 1. nr. 23. Stryk U. M. XVII. 2. §§. VIII—X. Zoesius comm. XVIII. 1. §. 35. Lauterbach coll. th. pr. XVIII. 1. §. 51. Huber prael. jur. ad I. III. 24. §. 6. Vinnius ad §. 1. I. III. 24. „Omnimodo secundum ejus aestimationem.“ Berger oec. jur. III. V. §. 6. not. 3. Perez in cod. IV. 38 §. 19. Brunnemann ad leg. ult.

l. 79. D. pro socio 17. 2. Paulus lib. IV. quaestionum: — Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.

Zwei Personen sind bei Eingehung einer Societät dahin übereingekommen, daß die beiderseitigen Antheile am Gewinne und Verluste von ihrem gemeinschaftlichen Freunde Nerva festgestellt werden sollen; letzter hat aber durch ungleiche Theilbestimmung gegen die Anforderungen der aequitas verstoßen. Dieses sind die allgemeinen thatsächlichen Voraussetzungen, auf welche sich jener — in seinem Zusammenhange später noch näher zu betrachtende — Ausspruch des Paulus bezieht.

Es entstehen hier nur die drei Unterfragen:

a) Können die Bestimmungen der l. 79. cit. generalisirt und auf alle bonae fidei negotia, namentlich den Kauf übertragen werden? Eventuell

b) welches sind nach l. 79 cit. die Voraussetzungen der s. g. reductio ad arbitrium boni viri?

c) Wie ist bei derselben zu verfahren?

Ad a) geht die gemeine Meinung wohl mit Recht dahin, daß die l. 79 cit. allgemein zu nehmen und auch auf die emtio venditio, wie überhaupt auf alle bonae fidei Geschäfte zur Anwendung zu bringen sei. Zunächst ist es nämlich nicht abzusehen, weshalb jener Satz der l. 79 als eine Singularität der societas anzusehen und nur in der Natur dieses Verhältnisses allein begründet sein sollte. Er ist vielmehr als ein allgemeines Postulat der bona fides zu betrachten und auf die Förderung des materiellen Rechtsgehalts der Vereinbarung — der reinen Form gegenüber — berechnet. Eben diesen Grund macht auch Proculus in der mit der citirten l. 79. in engem Zusammenhange stehenden l. 78.

In proposita autem quaestione arbitrium viri boni

C. IV. 89. Westenberg princ. jur. XVIII. 1. §. 38. Hofacker princ. jur. §. 1905. v. Wening-Ingenheim Civilr. III. 3. §. 72. Thibaut Pand. §. 155. Höpfner Comm. §. 870. Schweppe Pand. I. §. 123. Bucher Recht der Ford. §. 60. Sintenis Civilr. II. §. 83. 4. bes. Anmkg. 68.

existimo sequendum esse, eo magis, quod judicium pro socio bonae fidei est;

geradezu geltend, und eben deshalb heißt es auch in dem obigen Ausspruche des Paulus ganz allgemein: „corrigi potest per judicium bonae fidei.“ Bei einer solchen Berufung auf das arbitrium eines Dritten geht nun aber die muthmaßliche Willensmeinung der Contrahenten wohl nur dahin, daß der arbitrator als vir bonus und nicht nach freier Willkür verfahren solle; sie haben im Zweifel eine vernünftige und verständige Taxe, kein widersinniges Arbitrium im Auge gehabt. Letzteres würde das Geschäft gewissermaßen zu einem gewagten, aleatorischen, machen, und für ein solches streitet die Vermuthung nicht. So auch Celsus in l. 30 D. de operis libert. 38. 1.

Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent, eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint;

welcher selbe Jurist denn auch in l. 75 D. pro socio 17. 2. darauf aufmerksam macht, daß bei einer solchen collatio in arbitrium tertii vorzugsweise auf den materiellen Rechtsgehalt der Vereinbarung, id quod actum sit, zu sehen sei. Ferner finden sich auch verschiedene Stellen, in welchen geradezu ausgesprochen wird, daß bei bonae fidei Geschäften für die Annahme eines der Berichtigung fähigen arbitrium boni viri (im Gegensatze zur mera voluntas) die Vermuthung streite:

l. 24 pr. D. locati cond. 19. 2. — Fides bona exigit, ut tale arbitrium praestetur, quale viro bono convenit.

L. 6. D. pro socio. 17. 2. — Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est.

L. 7 D. de contr. emt. 18. 1. — Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini.

L. 22 §. 1 D. de reg. jur. 50. 17. — Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

Aehnliche Interpretationsregeln sind auch in l. 20 §. 1. l. 23 D. de reg. jur. 50. 17. und hinsichtlich der nach freieren Grundsätzen behandelten dotis promissio in l. 3. C. de dotis promissione 5. 11. gegeben.

Eben diese Auffassung liegt denn auch den vielbesprochenen l. 75 bis 80 D. pro socio 17. 2.[6]) (drei Fragmenten aus Proculus lib. V. epistolarum und zwei darauf sich beziehenden Erläuterungen aus Paulus lib. IV. quaestionum) zum Grunde, welche in ihrem Zusammenhange über die aufgeworfene Frage, ob die angehenden socii an den Ausspruch ihres gemeinsamen Freundes Nerva unbedingt gebunden seien, folgende Argumentation enthalten: Man müsse ein stricte zu verstehendes merum arbitrium (mera voluntas) und ein arbitrium boni viri unterscheiden. Jenes sei gleich einem Schiedsspruche absolut bindend und auf die Person des ernann-

---

6) L. 76. Proculus libro V. epistolarum: Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret; Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse. Quaeris: utrum ratum id jure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus? Existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus, quas is constituisset, an ex his, quas virum bonum constituere oportuisset? Arbitriorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est, alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat,

L. 77. Paulus libro IV. quaest.: velut cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

L. 78. Proculus libro V. epistolarum: In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis, quod judicium pro socio bonae fidei est.

L. 79. Paulus libro IV. quaest.: Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.

L. 80. Proculus libro V. epistolarum: Quid enim, si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duabus millesimis partibus socius esset? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat.

ten arbitrator beschränkt; dieses sei von der Person unabhängig und könne bei vorliegender Iniquität eingebessert werden: denn man habe bei der Berufung auf den Dritten nur im Allgemeinen die Aequitas im Sinne gehabt und diese sei unwandelbar, eine für Alle und lasse sich nach bestimmten Personen nicht abgränzen. Bei Stipulationen gelte das arbitrium stricte als mera voluntas, so daß man unbedingt und ohne Rücksicht auf aequitas durch den Ausspruch des arbitrator gebunden werde. (Dieser Gedanken ist nicht geradezu ausgedrückt, ergiebt sich aber aus dem Gegensatze.) Bei bonae fidei negotiis, zu welchen ja auch die societas gehöre, sei das arbitrium im weiteren Sinne als arbitrium boni viri zu verstehen; eine solche Auslegung verlange die bona fides. Erfolge bei bonae fidei negotiis ein unbilliger Ausspruch, so könne dieser durch ein judicium bonae fidei eingebessert werden, — corrigi posse per judicium bonae fidei.

Es werden also in jenen Fragmenten folgende Gedanken ausgedrückt, welche in ihrer Anwendung auf die emtio venditio zur Bejahung der aufgeworfenen Frage führen:

α) Ob unter arbitrium die mera voluntas oder das arbitrium boni viri zu verstehen sei, ist quaestio voluntatis.

β) Bei bonae fidei negotiis streitet für die Annahme eines arbitrii boni viri die Vermuthung

γ) das arbitrium boni viri ist bei vorliegender manifesta iniquitas einer Berichtigung fähig.

Entgegen ist Donellus comm. XIII. 1. §. 9. Er leugnet die Möglichkeit der s. g. reductio beim Kauf, weil man ja eine Sache, die mehr werth sei, billiger und umgekehrt eine solche, die weniger werth sei, theurer verkaufen könne; es stehe, wie die Quellen sagen, den Parteien frei, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere. l. 22 §. 3 D. locati 19. 2. Dieser Grund ist aber nicht zutreffend. Liegt eine bestimmte directe, sonst fehlerfreie Vereinbarung über den Preis vor, so ist auch hinsichtlich der etwaigen Inäqualität des Preises der Consens vorhanden, diese also von den Contrahenten gewollt.

Bei der Verstellung des Preises auf das arbitrium boni viri ist aber eine solche Inäqualität dem Obigen zufolge nicht als gewollt anzunehmen.

Nicht ohne Grund wirft Roodt noch die Frage auf, weshalb nach der früher besprochenen l. ult. C. de contr. emt. 4. 38. das arbitrium im stricten Sinne verstanden werde, wenn der ernannte Arbitrator nicht arbitriren könne und wolle, und weshalb etwas Anderes gelte und das arbitrium im weiteren Sinne als arbitrium boni viri aufgefaßt werden solle, wenn jener wirklich arbitrirt habe. Wie Roodt richtig bemerkt, hat die verschiedenartige Behandlung in dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten (in dem quod actum est) ihren Grund. Bei der emtio venditio, welche auf dem übereinstimmenden Willen zweier beruht, muß nicht blos darauf gesehen werden, was der venditor gedacht hat, der die Contractsbedingungen aufstellte, sondern auch darauf, was der emtor gewollt hat, der die Bedingungen acceptirte. Im Zweifel geht aber die Willensmeinung des letzteren nur dahin, daß keine Obligation zu Stande kommen solle, wenn Titius nicht arbitrire, daß er dagegen, wenn dieser arbitrire, nur im Falle eines vernünftigen und billigen Ausspruchs gebunden sein wolle; wie denn überhaupt anzunehmen ist, daß Jemand nicht obligirt werde, wenn er möglicher Weise liberirt erscheinen kann, und daß er im möglichst geringem Maße hafte, wenn er überhaupt haften muß.

Ad. b) Welches sind nun nach l. 79. cit. die Voraussetzungen der s. g. reductio ad arbitrium boni viri?

Es liegt schon in den Worten „arbitrium ita pravum, ut manifesta iniquitas ejus appareat" ausgedrückt. Eine manifesta[7]) iniquitas ist eine handgreifliche, sofort in die Augen springende Iniquität; die Stelle verlangt also, wörtlich ausgedrückt, ein so verkehrtes Arbitrium, daß dessen Unbilligkeit handgreiflich zu Tage liegt.

Dieser Begriff ist also nicht so stark zugespitzt, wie es

---

7) Dieser Ausdruck, der bekanntlich von manu und fendere herzuleiten ist, entspricht wohl am meisten unserem Deutschen „handgreiflich".

wohl bei ähnlichen Rechtsbegriffen, z. B. der laesio ultra dimidium, der Fall ist; er ist aber auch keineswegs so vage, daß dessen Anwendung dem billigen vernünftigen Ermessen des Richters, welches lediglich darüber zu urtheilen haben soll, unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten könnte.

Wenn eine handgreifliche oder eclatante Iniquität verlangt wird, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß eine geringfügige und nicht sofort in die Augen springende Iniquität keine Berücksichtigung finden soll. Und mit gutem Grunde: denn das arbitrium boni viri läßt sich nicht nach einem völlig sicheren und festen Maßstabe bemessen oder mit mathematischer Schärfe und Bestimmtheit auf gegebene Größen zurückführen. Namentlich gilt dieses von dem Resultate der Werthsschätzungen, zu welchen letzteren man gerade erst bei größerer oder geringerer Unbestimmtheit der Werthsverhältnisse seine Zuflucht zu nehmen pflegt. Geringe Schwankungen und Abweichungen von denjenigen Zahlengrößen, die wir als allgemeinen Maßstab für die Werthsverhältnisse einer Sache annehmen zu müssen glauben, oder die sich als Resultat anderer, denselben Gegenstand betreffender Abschätzungen ergeben haben, sind deshalb recht gut denkbar, ohne daß wir dem Ausspruche eines Arbitrators schon den Vorwurf der Iniquität machen können. Es bleibt dem letzteren ein hinreichend freier Spielraum, innerhalb dessen er sich mit seinem Arbitrium bewegen kann, und dieser freie Spielraum findet erst da seine Gränze, wo sich schon jeder Laie ohne Weiteres sagen muß, daß der Arbitrator zu absurden und widersinnigen Resultaten gekommen sei und also nicht als vir bonus geurtheilt habe.

Uebrigens sind uns in den Quellen auch noch andere Anhaltspunkte für den Begriff einer manifesta iniquitas gegeben.

In der citirten l. 80 D. pro socio 17, 2: Quid enim, si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duabus millesimis partibus socius esset? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat;

sagt Proculus, daß ein arbitrium sehr wohl als ein arbitrium boni viri bestehen könne, wenn es auch den Gewinn- und Verlustantheil des einen Socius höher bestimme, als den des anderen; eine solche geometrische Ungleichheit der Participationsraten könne z. B. dadurch gerechtfertigt werden, daß der eine Socius der Societät mehr Arbeit, Fleiß, Credit und Geld zu gute kommen lassen wolle, als der andere.[8]) Führen wir diesen nur unvollständig wiedergegebenen Gedanken des Proculus vermöge eines argumenti a contrario weiter aus, so werden wir jenes der ganzen obigen Erörterung des Proculus zum Ausgangspunkte dienende Beispiel dahin ergänzen müssen, daß das arbitrium Nervae dann möglicher Weise eine handgreifliche Iniquität in sich schließen könne, wenn jener bei der Antheilbestimmung wesentliche Voraussetzungen und Gesichtspunkte (die beiderseitige opera, industria, gratia, pecunia) unbeachtet gelassen habe, oder — was dem gleich ist — von thatsächlich unrichtigen Voraussetzungen und Unterstellungen ausgegangen und in Folge davon zu jenem Resultate geometrischer Inäqualität der Participationsraten gelangt sei.

Uebertragen wir nun die oben entwickelte Regel und den soeben besprochenen einzelnen Anwendungsfall auf die Bestimmung des Kaufpreises durch arbitrium boni viri, so werden wir, ungeachtet es hier an einem genügend erkennbaren Normalmaßstabe (der aequalitas partium bei der Societät) ganz und gar fehlt, und obwohl es sich hier nicht um Ermittelung einer relativen, sondern einer absoluten Zahlengröße handelt, etwa folgende Anhaltspunkte gewinnen:

Eine manifesta iniquitas ist im Allgemeinen dann vorhanden, wenn der Arbitrator bei der Preisbestimmung zu absurden und widersinnigen Resultaten gelangt, wenn er auf handgreifliche und augenfällige Weise mit den Anschauungen des gemeinen Lebens über die Werthsverhältnisse einer Sache in Widerspruch gerathen ist, wie wenn er z. B. eine Sache, welche nur etwa 5 aurei werth ist, zu 100 aurei abgeschätzt

---

8) In demselben Sinne äußert sich Pomponius in l. 6 D. pro socio 17, 2.

hat und sich so jeder Nichtsachverständige ohne Weiteres sagen muß, daß die Schätzung viel zu hoch sei.

Eine manifesta iniquitas zeigt sich besonders auch dann, wenn die Schätzung auf unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen beruht, z. B. eine aus einer Mischung unedeler Metalle bestehende Uhr als golden abgeschätzt, Maß, Zahl oder Gewicht abzuschätzender Quantitäten zu hoch oder zu gering angenommen wird, imgleichen auch dann, wenn irgend erhebliche factische Gesichtspunkte bei der Werthsbestimmung außer Acht gelassen werden, oder wenn überhaupt bei ihr die Conclusion im Widerspruche mit der Prämisse steht. [9])

In den Quellen wird indeß auf das Bestimmteste darauf hingewiesen, daß die Frage, ob im einzelnen Falle eine manifesta iniquitas als vorhanden anzunehmen sei, der freien Beurtheilung des Richters, dem officio boni judicis anheimfallen soll; und es haben deshalb die obigen, durch Analogie gewonnenen Sätze wohl nur die Bedeutung leitender Gesichtspunkte, von denen der Richter bei Prüfung eines angefochtenen Arbitrats auszugehen hat. [10])

9) Vgl. Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig, Bd. VII. S. 172.

10) Das pretium kann injustum sein, obgleich kein Contrahent ultra dimidium verletzt worden ist, und es ist deshalb die s. g. reductio durch eine derartige Verletzung nicht bedingt. Ueberdem gewährt die laesio enormis ein remedium rescissorium und giebt also ein Recht, den Contract aufzuheben, während das bei weitem ältere officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate den Contract an und für sich bestehen läßt und nur auf Berichtigung des Preises, auf Ermittelung eines arbitrii boni viri gerichtet ist. Beide Rechtsmittel sind also in ihren Voraussetzungen und rechtlichen Wirkungen wesentlich verschieden. Vergl. Bartolus ad leg. 76 D. pro socio 17. 2. Bachov ad Treutleri disp. 29. th. 3. lit. e. i. f. Stryk U. M. XVII. 2. §. VIII. Lauterbach coll. theor. pr. XVIII. 1. §. 51. Vinnius comm. III. 24. §. 1. „Omnimodo secundum ejus aestimationem." Höpfner Comm. §. 870. Schweppe Pand. I. §. 123. Kaum zu rechtfertigen ist es deshalb, wenn Perez in cod. IV. 38 §. 16 sqq. Huber ad I. III. 24. §. 6. und anscheinend auch Voet XVIII. 1 nr. 23. behaupten: die Regel der l. 79 pro socio könne auf den Kauf nicht übertragen werden, weil hier eine singuläre Rechtshülfe durch die Bestimmungen über laesio enormis gege-

Ad. 3) Wie haben wir uns die s. g. reductio ad arbitrium boni viri zu denken?

Man sagt gewöhnlich, das arbitrium boni viri sei hier, wie in vielen anderen Fällen, das officium boni judicis, es müsse deshalb an den Richter selbst recurrirt werden. Mit Berufung auf die Rechtsquellen und Stellen römischer Schriftsteller [11]) wird behauptet, daß nach der Rechtssprache der Römer „vir bonus" und „bonus paterfamilias" promiscue gebraucht und häufig unmittelbar vom judex selbst, als dem vorzüglichsten Träger der aequitas, verstanden und auf ihn bezogen würden. Wenn es ferner in den Quellen [12]) heiße, der Richter müsse officio viri boni et innocentis fungi, der Recurs gehe ad judicem id est ad virum bonum, so ergebe sich daraus, daß „arbitrium boni viri" gleichbedeutend mit „officium judicis" sei.

Nach dieser Argumentation in Verbindung mit l. 79 cit., nach welcher ein unbilliger Ausspruch geradezu „per judicium bonae fidei" corrigirt werden soll, hat es wohl seine Richtigkeit, daß gegen ein arbitrium pravum Abhülfe beim Richter gesucht werden muß.

Wie aber ist das Verfahren?

Darüber herrschen unter den Rechtslehrern verschiedene abweichende Auffassungen.

Einige sagen, es finde eine Art Appellation statt, und es müsse deshalb der Richter des Arbitrators angegangen werden. Andere reden von einer querela simplex, mittelst welcher der ordentliche Richter, der in erster Instanz geurtheilt, angegangen werden müsse. [13])

den sei und diese es mit sich bringe, daß man sich eine laesio modica gefallen lassen müsse.

11) Cicero de offic. III. 15. de republica III. 9. 16. 19. 20. pro Quintio c. 16. Tusc. quaest. V. 10. Seneca epist. CXV. Horat. epist. I. 16. l. 4 §. 1 D. familiae herciscundae 10. 2. l. 137 D. de verborum oblig. 45. 1. l. 13 §. ult. D. de usufructu 7. 1. l. 20 §. 1. D. de oper. libert. 38. 1. l. 18 D. judicatum solvi 46. 7. l. 17 §. 5 D. de injuriis. 47. 10.

12) l. 4 §. 1 cit., l. 137 cit.

13) Vergl. über die verschiedenen Ansichten Stryk U. M. XVII. 2. §. IX. sqq.

Richtige Anschauungen finden sich schon bei einigen unserer bewährten Rechtslehrer [14]) und namentlich bei Bachov ad Treutleri disp. vol. I. disp. 29. th. 3 litt. E. i. f.

— — hanc reductionem non esse remedium quoddam per se subsistens, sed accedere et inniti institutae ex contractu actioni;

und unter den Neueren bei Schweppe, Pand. I. §. 122 ff. und Sintenis, Civilr. §. 83 (S. 35), Note 68.

Wenn es in l. 79 heißt, daß ein unbilliger Ausspruch „per judicium bonae fidei" corrigirt werden könne, und wenn die damit im engsten sachlichen Zusammenhange stehende l. 78 geradezu auf das judicium pro socio Bezug nimmt, so hat damit unzweifelhaft angedeutet werden sollen, daß die Berufung auf manifesta iniquitas nicht als selbstständiges processualisches Rechtsmittel zu behandeln, sondern als ein in den Bereich der bonae fidei judicia fallender Incidentpunkt, bei Geltendmachung des contractlichen Hauptanspruchs mit zum Austrage zu bringen sei. Daraus folgt denn auch, daß der Reductionsanspruch nicht allein mit der Contractsklage selbst, sondern auch bei Gelegenheit derselben excipiendo und replicando geltend gemacht werden kann. Unser heutiges Proceßrecht bringt es nun zwar mit sich, daß ein derartiges Vor-

14) Cujacius ad l. 43 D. de verb. oblig. 45. 1. — — et ideo si ejus qui electus est arbitrium pravum et iniquum fuerit, corrigetur judicio bonae fidei, judice ipso pro aequitate rei statuente quod videbitur, vel alio arbitro sumpto. — Voet XVIII. 1. §. 23. Quodsi iniquum arbiter interposuerit arbitrium, id ipsum bonae fidei judicio, id est judicis officio secundum naturam negotiorum bonae fidei, ex bono et aequo corrigendum est. — Vinnius ad Inst. III. 24. §. 1. — — Quod sic accipiendum est, corrigi posse non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonae fidei subservit, exemplo societatis. — Stryk U. M. XVII. 2. §. IX sqq. . . . hinc illa ipsa actio instituenda, quae institui debuisset, si nullum arbitrium constitutum esset; et ita hoc casu actione pro socio agendum foret, et hoc est, quod JCtus in l. 79 ait, arbitrium iniquum corrigendum esse per judicium bonae fidei, quod in l. 78 ipsa actio pro socio vocatur. . . . Cum enim ipsa reductio per actionem ex contractu competentem, vel exceptionem intentetur . . .

bringen in seinen thatsächlichen Grundlagen — namentlich denjenigen, aus welchen eine manifesta iniquitas hergeleitet werden soll [15]) — gehörig fundirt werden muß; der Richter, der hier eben nur als vir bonus zu arbitriren haben soll, nimmt indeß dem eigentlichen Schätzungsanspruche gegenüber eine freiere Stellung ein und erkennt über denselben, nöthigenfalls unter Zuziehung anderer Sachverständiger, ex aequo et bono. Ohne an die gewöhnlichen processualischen Beweisregeln gebunden zu sein, ist derselbe befugt, ex officio für Herbeischaffung des zu seiner Schätzung nöthigen Materials thätig zu werden und zu dem Ende entweder unmittelbar sachdienliche Ermittelungen vorzunehmen oder auch die Parteien anzuweisen, die ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel namhaft zu machen. Ebenso bleibt es den Betheiligten unbenommen, auch unaufgefordert dieserhalb thätig zu werden. [16])

Die Aufgabe des Richters besteht demnach nicht blos — wie Schweppe a. a. O. I. §. 123 behauptet — darin, daß jener den ergangenen Ausspruch des Arbitrators je nach Befinden der Umstände bestätigt oder aufhebt, sondern er hat letzteren Falls auch eine andere von ihm als zutreffend ermittelte Taxe an die Stelle zu setzen: denn die l. 79 cit. sagt ausdrücklich, daß ein unbilliger Ausspruch des Arbitrators eingebessert oder berichtigt werden könne (corrigi posse); wie denn auch die Basiliken XII, tit. 1. cap. 77 (ed. Heimb. 1. p. 785):

15) Dahin gehören die Behauptungen, daß das Ergebniß der Schätzung mit den Anschauungen des gemeinen Lebens über die Werthsverhältnisse der betreffenden Sache in eclatanter Weise contrastire, daß der Arbitrator von unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen sei oder wesentliche thatsächliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen habe 2c. Diese Vorbedingungen des Reductionsanspruchs, soweit sie sich von der eigentlichen richterlichen Schätzung rechtlich und historisch absondern lassen und daher nicht schon durch letztere selbst mit zur Gewißheit erhoben werden können, müssen auch von dem sich darauf Berufenden gehörig erwiesen werden.

16) Die Stellung des Richters ist ganz dieselbe, wie wenn es sich auf Grund der l. 5 §. 2 D. de in litem jur. 12. 3. um richterliche Ermäßigung einer durch jusjurandum in litem beglaubigten Selbstschätzung handelt. Seuffert Archiv XVI. Nr. 164.

Τὴν οὖν φαύλην αὐτοῦ δοκιμασίαν, τοῦτ' ἔστιν κακὴν κρίσιν ὁ δικαστὴς διορθοῦται,

über eine derartige Deutung der Worte keinen Zweifel lassen. Ein blosses judicium rescindens würde überdem ganz den entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, den die Parteien bei Annahme eines Arbitrators für die Preisbestimmung im Auge gehabt haben. Es läßt sich deshalb auch nicht behaupten, daß eine solche Wiederaufhebung des Geschäfts den Interessen des angeblich Verletzten am meisten entspreche. Schweppe wendet zwar ein, daß der Richter und die von diesem zu erwählenden Sachverständigen nicht zu einer anderweiten Schätzung von den Contrahenten ausersehen seien und deshalb auch kein anderes Arbitrium an die Stelle setzen dürften; allein abgesehen davon, daß der Richter in solchen Fällen unmittelbar durch das Gesetz zur Schätzung berufen wird, sollen dessen Functionen nur darin bestehen, daß er den Ausspruch des Arbitrators berichtigt und einbessert oder m. a. W. auf die Grundlagen der aequitas zurückführt, und es läßt sich unter solchen Umständen auch nicht einmal von einer getheilten Thätigkeit desselben — einem judicium rescindens und der Abgabe einer neuen Schätzung — reden, wie denn überhaupt die Annahme einer solchen Theilbarkeit des richterlichen Officiums ganz dem Wesen eines freien Arbitriums widerstreiten würde.[17])

IV.

Kann die Preisbestimmung dem arbitrio eines der Contrahenten überlassen werden?

Einige Rechtslehrer [18]) stellen blos den Satz auf, der reinen Willkür, der mera voluntas eines der Contrahenten könne die Preisbestimmung nicht überlassen werden; Andere,[19])

---

17) So auch Sintenis Civilr. §. 83. Note 68. Thon in der Zeitschr. für Civilr. und Pr. X. S. 214. Note 7.

18) Puchta Pand. §. 220. Mühlenbruch Pand. §. 391. Bucher Recht der Forderungen §. 60. v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten. III. (7. Aufl.) S. 427.

19) Donellus comm. XIII. 1. §. 11. Noodt comm. XVIII. 1. §. 5. (in opp. II. pag. 389.) Hofacker l. c. §. 1905. Note 6. Thi-

welche dasselbe behaupten, fügen noch hinzu, dem arbitrio boni viri eines der Contrahenten könne die Preisbestimmung sehr wohl anheimgestellt werden; und wieder Andere [20]) nehmen an, daß die Bestimmung des Preises weder der Willkür, noch dem billigen vernünftigen Ermessen eines der Contrahenten überlassen werden könne.

Daß die Bestimmung nicht in die reine Willkür eines der Contrahenten gestellt werden könne, folgt, wie wir später sehen werden, schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und wird auch in den Quellen (l. 17, l. 46 §. 2, 3, l. 108 §. 1 D. de verb. oblig. 45, 1, l. 13 C. de contr. emt. 4, 38) auf das Bestimmteste ausgesprochen.

Dagegen haben wir keinen bestimmten Grund in den Quellen, um zu leugnen, daß die Bestimmung arbitrio boni viri einem der Contrahenten überlassen werden könne.

Die Anhänger der gegentheiligen Meinung wenden ein, die Möglichkeit, eine Obligation zu Stande zu bringen, könne nicht in das Belieben des Gläubigers oder Schuldners gestellt werden, ob Jemand Schuldner werden wolle oder nicht, könne nicht seiner eigenen Willkür überlassen bleiben: es fehle einem beabsichtigten obligatorischen Verhältnisse an der Voraussetzung eines juris vinculum, sobald dasselbe noch in irgend welcher Beziehung von dem Willen des Debitors in Abhängigkeit stehe.

Unterziehen wir indessen die dafür angeführten Stellen einer näheren Betrachtung, so werden wir finden, daß dieselbe

---

baut. a. a. O. §. 155. Holzschuher Theorie u. Cas. III. S. 656 (1858). v. Keller Pand. §. 323.

20) Voet XVIII. 1. nr. 23. Zoesius XVIII. 1. §. 34. Lauterbach XVIII. 1. §. 40. Huber ad §. 6 I. III. 24. Vinnius ad §. 1. I. III. 24. Perez in cod. IV. 38. §. 17. Brunnemann ad l. in vendentis 13. C. IV. 38. Westenberg princ. jur. XVIII. 1. §. 40. Höpfner Comm. §. 870. v. Wening Ingenheim III. 3. §. 72. Anmkg. y. Glück XVI. S. 81. Thöl Handelsr. §. 64. Sintenis Civilr. §. 83. Anmkg. 65. Eine Mittelmeinung, nach welcher unter der obigen Voraussetzung kein eigentlicher Kauf, aber wohl nach heutigem Rechte ein vollkommen wirksames Consensualgeschäft ohne technische Bezeichnung zu Stande kommen soll, billigen Seuffert prakt. Pandectenr. §. 322. Anmkg. 9. Arndts Pand. §. 300. Anmkg. 3.

für die aufgeworfene Frage überall nicht in Betracht kommen können.

Zunächst werden Stellen in Bezug genommen, welche nicht von dem arbitrio boni viri, sondern vom merum arbitrium handeln und also nur den Satz aussprechen, daß die Möglichkeit, eine Obligation zu Stande zu bringen, nicht von der reinen Willkür des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden könne.

l. 17 D. de verb. oblig. 45. 1. Ulp. libr. XXVIII ad Sabinum: Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione.

l. 108 §. 1. D. eod. Javolenus lib. X epistolarum: Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

l. 8 D. de oblig. et act. 44. 7. Pomponius lib. XVI ad Sabinum: Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio.

l. 13 C. de contrah. emt. 4. 38: In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.

In den erstgedachten beiden Stellen ist von Stipulationen die Rede, bei welchen „arbitrium" in der strengeren Bedeutung von „mera voluntas" verstanden werden soll, und in den ll. 8 und 13 citt. wird im Allgemeinen der Gedanke ausgedrückt, daß keine bindende Willenserklärung beabsichtigt sein könne, sobald sich der Wille vom Willen selbst abhängig mache (volo si volam). Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nicht einem Rechtsgeschäfte auch solche wahre Potestativbedingungen wirksam beigefügt werden können, welche auf einem vom eigentlichen Vertragswillen rechtlich und historisch scheidbaren äußeren Thatumstande (einem willkürlichen Thun oder Unterlassen) beruhen. [21]) Vor Allem kommt aber in Betracht, daß bei einer solchen Berufung auf das arbitrium boni viri die Frage:

21) Vergl. über die verschiedenen Meinungen bezüglich der Zulässigkeit von Potestativbedingungen die sehr eingehende und mit vielen Literaturangaben ausgestattete Erörterung Fitting's in Goldschmidt's Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht V. S. 119 ff.

ob überhaupt ein Preis festgestellt und dadurch dem Geschäfte ein juris vinculum verliehen werden solle,
ganz aus dem Spiele bleiben und nur die Präcisirung des Kaufgeldbetrags, also das quantum debeat dem billigen Ermessen des Arbitrators anheimgestellt werden soll. Indem die Contrahenten sowohl darin einverstanden sind, daß überhaupt ein Preis in Geld gezahlt werden solle, als auch darin, daß das pretium ein billiges und angemessenes (dem arbitrio boni viri entsprechendes) sein müsse, wird denn auch das quantum debeat nur in sehr beschränkter Weise von dem Willen des Arbitrators abhängig gemacht: letzter ist in der That nur dazu berufen, der von den Contrahenten rücksichtlich der Preisbestimmung in Bezug genommenen aequitas, welche schon an sich gewiß und fest begränzt ist, Ausdruck zu geben.

Außerdem werden Stellen angeführt, in welchen der obige Gedanke nur in etwas anderer Form ausgedrückt wird, z. B. l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4:

> Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat? esse in ejus arbitrio, an debeat? non esse. Et ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quam diu ambo vivunt; ceterum ubi alter decessit, exstingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.

Hier wird in Anwendung auf Obligationen mit alternativen Leistungen oder Ortsbestimmungen gesagt, daß dem freien Arbitrium des Schuldners sehr wohl überlassen werden könne, quid debeat, nicht aber auch an debeat.

Die l. 7 pr. D. de contrah. emt. 18. 1,[22]) auf welche

---

22) Ulpianus libro XXVIII. ad Sabinum: Haec venditio servi: si rationes domini computasset arbitrio, conditionalis est; conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio. Sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit: si

man sich ferner beruft, führt im Wesentlichen denselben Grundgedanken aus und dient also gerade zur Unterstützung unserer obigen Meinung. Ulpian behandelt in dem hierher gehörigen zweiten Theile den Fall, wenn beim Verkaufe eines Sclaven die Bedingung gestellt wird: si ipse dominus rationes putasset suo arbitrio (wenn der Herr und Verkäufer nach eigenem Ermessen die Abrechnung mit dem Sclaven wegen der gegenseitigen Naturalverbindlichkeiten in's Reine gebracht haben werde). Soll hier unter arbitrium, was im Zweifel angenommen werden muß, das arbitrium boni viri verstanden werden, so ist nach Ulpian's Meinung ein rechtsbeständiges, wenngleich bedingtes Kaufgeschäft zu Stande gekommen, und die Bedingung soll nach den bekannten Grundsätzen über fingirte Erfüllung von Bedingungen als eingetreten betrachtet werden, wenn der Herr und Verkäufer die vom Sclaven aufgestellten Rechnungsposten ohne Grund nicht anerkennen will, und zwar weil eine derartige unmotivirte und ungerechtfertigte Entscheidung mit den Grundsätzen der aequitas und dem Wesen des arbitrii boni viri (bei dem es sich blos um das quale und quantum und nicht um das an handeln soll) im Widerspruche stehen würde. Ist dagegen unter arbitrium die mera voluntas zu verstehen, so ist nach Ulpian's Ansicht ein perfectes Kaufgeschäft nicht anzunehmen, weil gleichwie in den Fällen:

res tibi emta erit, si voluero, — si voluero, decem dabo;

keine bindende Willenserklärung vorhanden sein würde.

Nicht entgegen ist ferner die für die gegentheilige Meinung citirte l. 35 §. 1 D. h. t. 18. 1. Gajus libro X ad edictum provinciale:

Illud constat, imperfectum esse negotium, cum

---

voluerit, vel stipulanti sic spondeat: si voluero, decem dabo; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest.

emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.
Wie schon Donellus und Noodt richtig ausführen, hat diese Stelle einen ganz andern Zusammenhang; sie handelt gleich dem ihr vorangehenden principium von der Perfection der Verträge und will namentlich zeigen, daß, wenn einem emere volens eine solche Bedingung: quanti velis, quanti aequum putaveris etc. gestellt werde, noch kein perfectes Geschäft vorliege, weil sich jener ja noch nicht über die Annahme dieser Bedingung erklärt habe und letzte auch noch nicht in Erfüllung gegangen sei. In der Stelle wird also nur der Satz ausgedrückt, daß nicht acceptirte bedingte Vertragspropositionen wirkungslos seien und kein perfectes Geschäft zur Folge haben. Man darf nicht unbeachtet lassen, daß Gaius in der obigen Stelle nur von einem negotium imperfectum und nicht von einem negotium nullum (wie die l. 8 cit.) redet, und daß jener Ausdruck von unfertigen, d. h. noch nicht zur Perfection gediehenen Geschäften und, wie wir z. B. aus l. 7 cit.

— — conditiones venditionis tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio,

ersehen, namentlich von solchen Geschäften zu verstehen ist, welche von einer noch schwebenden Bedingung abhängig gemacht worden sind.[23])

Außerdem giebt es eine Mehrzahl von Stellen, aus welchen unzweifelhaft hervorgeht, daß es dem arbitrio boni viri eines der Contrahenten wohl überlassen werden könne, quid, quale, quantum, quo loco debeatur, nicht aber auch, an debeatur. So kann es z. B. in das billige Ermessen des socius gestellt werden, die Antheile am Gewinn und Verlust für sich und seine Mitgesellschafter festzusetzen, — l. 6 D. pro socio 17. 2. Der Patron kann das Maß der ihm von seinem libertus zu leistenden operae ex bono et aequo feststellen, — l. 30 D. de operis libert. 38. 1. Desgleichen der Dotationspflichtige

23) Vergl. Goldschmidt in dessen Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht I. S. 278 u. 279 und Anmerkung 34 daselbst.

den Betrag der dos, — l. 3 C. de dotis prom. 5. 11. Dem billigen Ermessen des locator operis kann die Approbation des letzten und die Bestimmung der Zeit, innerhalb welcher es vollendet werden muß, überlassen werden, — l. 24 pr. D. locati conducti 19. 2.

Einige Rechtslehrer (Hilliger ad Donellum, Brunnemann) leiten aus jenen Stellen die Regel ab, die ganze Substanz des Contracts oder auch nur irgend etwas von den Substantialien könne nicht auf das arbitrium eines der Contrahenten verstellt werden, wohl aber etwas Accidentales, z. B., an welchem Orte gezahlt oder eine Sache tradirt werden solle. Sie folgern dann weiter, daß, da das pretium zu den substantiellen Erfordernissen des Kaufgeschäfts gehöre, dessen Bestimmung nicht einem der Contrahenten arbitratu boni viri überlassen werden könne. Jene Ausleger verkennen aber gänzlich, daß es das arbitrium boni viri eigentlich nicht mit dem Kaufpreise an und für sich oder mit der Frage, ob überhaupt ein Kaufpreis bestimmt werden solle, sondern lediglich mit einzelnen Modalitäten des letzten und namentlich dessen Quantificirung zu thun hat, und daß das arbitrium in dieser Bedeutung keineswegs ungewiß und wandelbar ist. [24])

Weniger Gewicht möchte auf zwei andere Stellen zu legen sein, welche zur Unterstützung der von uns vertheidigten Meinung gewöhnlich herangezogen werden, — l. 69 D. de cond. et dem. 35. 1. l. 65 §. 1 D. de leg. I. Die hier sich findende Bestimmung, daß Legate unter der Bedingung: si volet, — si voluerit wirksam hinterlassen werden können, ist nämlich als eine in der Natur dieser letztwilligen Anordnungen (als causae favorabiles) begründete Singularität zu behandeln und daher auf zweiseitige onerose Rechtsgeschäfte nicht wohl zu übertragen. [25])

Ein weit triftigeres Argument liefert §. 4 I. de emt. vend. 3. 23:

---

24) Daher auch der von Justinian anscheinend rein willkürlich entschiedene Streit unter den älteren Juristen: ob nicht in Nothfällen von der Person des ernannten arbitrator ganz abgegangen werden könne.

25) Cfr. Noodt comm. XVIII 1. (in opp. II. pag. 390.)

Emtio tam sub conditione, quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti: Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.

Hiernach kann es bei der s. g. emtio ad gustum demjenigen, der Käufer werden will, überlassen werden, durch nachmalige Billigung oder Degustation darüber zu entscheiden, ob ihm geschuldet werden solle, oder nicht. Es ist allerdings streitig, ob die in der emtio ad gustum enthaltene Nebenbestimmung als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung aufzufassen sei; es läßt sich indeß nicht verkennen, daß ein solcher Verkauf auf Besicht oder Probe unter beiderlei Formen vorkommen kann, und daß Justinian in dem cirtirten §. 4 gerade diejenige einer Suspensivbedingung, wonach also die Wirksamkeit des Geschäfts erst mit der etwaigen Billigung, also einer freien Handlung des Käufers, anheben soll, im Sinne gehabt zu haben scheint, während in den Fällen der l. 3. l. 34 §. 5 D. de contrah. emt. 18. 1, in welchen von einem displicere, degustare und inemtum esse die Rede ist, mehr das Gegentheil, also ein negotium purum mit der Möglichkeit der Wiederaufhebung im Falle der Degustation anzunehmen sein wird. [26]) Nun liegt es aber auf der Hand, daß sich bei einer solchen Billigung oder Mißbilligung einer zu Kauf angebotenen Waare bei Weitem mehr die mera voluntas geltend machen kann, als bei der Preisbestimmung arbitratu boni viri, indem letzte nicht etwa nach freiem subjectivem Ermessen, sondern vielmehr nach einem festen, aus dem Begriffe des bonum et aequum sich ergebenden objectiven Maßstabe geschehen soll. [27])

---

26) Ob überhaupt in einem derartigen pactum eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung zu befinden sei, ist quaestio voluntatis, also Interpretationsfrage, bei deren Beurtheilung zunächst auf die Wortfassung zu sehen ist.

27) Von der emtio ad gustum ließe sich schon mit mehr Grund behaupten, daß dadurch das an debeatur in die Willkür des Käufers gestellt werde, obwohl auch hier nicht der Wille unmittelbar vom Willen selbst abhängig gemacht wird, dessen Selbstbeschränkung vielmehr auf einem außerhalb des eigentlichen Vertragswillens liegenden Momente — dem Annehmlichfinden der Waare — beruht.

Es ist hier auf die unten aufgeführten, gründlichen und eingehenden Abhandlungen [28]) aufmerksam zu machen, welche das Verdienst haben, die in Rede stehenden, bei der neuesten Codificirung des Handelsrechts besonders bedeutsam gewordenen Fragen beleuchtet und in erschöpfender Weise beantwortet zu haben.

Ich trage kein Bedenken, denjenigen Ansichten, welche Fitting in seinem bündigen und klaren Referate über jene Abhandlungen in dieser Zeitschrift Band 46. S. 237 ff. entwickelt hat, in allen Punkten beizutreten. Ich stimme namentlich mit ihm und Goldschmidt l. c. I. S. 117 darin überein, daß bei der s. g. emtio ad gustum (dem Handel nach Gefallen, wie er am treffendsten bezeichnet wird) die mera voluntas oder das freie subjective Ermessen, wie auch die Wortfassung in den Quellen an die Hand giebt, allein entscheidend ist, und daß die schon von Azo und in der Glosse erwähnte, neuerdings von Unger l. c. III. S. 407 ff, wiederaufgenommene Meinung, als handle es sich bei diesem Institute um ein arbitrium boni viri in den Quellen, in allgemeinen Rechtsprincipien und der Natur des Verhältnisses keine hinreichende Stütze findet, besonders in der eigenthümlichen, praktisch kaum durchführbaren Gestaltung, wie sie Unger a. a. O. in einer gewissen, von dem Wesen der Sache sich nur zu sehr entfernenden Extremität von Scharfsinn gewonnen zu haben meint. Auch glaube ich aus den von Fitting angeführten Gründen (S. 245 und 246) annehmen zu müssen, daß der unter einem pactum displicentiae eingegangene Kauf, abgesehen von dem Falle „inemtus sit“, nicht unter eigenthümlichen Grundsätzen stehe, sondern lediglich als resolutiv bedingtes Geschäft aufzufassen sei. Ueber die Frage, wie sich der s. g. Kauf auf Probe mit dem bekannten römischen Grundsatze, daß das Dasein einer Verpflichtung nicht von der Willkür des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden dürfe, in Einklang bringen lasse, haben sich seit der Glossatorenzeit verschiedene Ansichten gebildet, hin-

28) Goldschmidt in dessen Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht I. S. 66 ff., 262 ff., 383 ff., Fitting daselbst, II. S. 203 ff., Unger daselbst III. S. 386 ff., Fitting daselbst V. S. 79 ff.

sichtlich deren auf Fitting's obiges Referat S. 251 verwiesen werden darf. Von diesen verschiedeneu Meinungen gebe ich derjenigen, schon bei den Glossatoren vorfindlichen Erklärung den Vorzug, daß in Folge eines solchen Nebenvertrags das Zustandekommen des Geschäfts (das an debeatur) nicht direct und unmittelbar von der Willkür des Käufers abhängig gemacht wird, wie in dem Falle „vendo tibi, si volueris". Bei einem solchen Kaufgeschäfte wird der Contractswille an und für sich (oder das an debeatur) nicht in Frage gestellt, sondern es handelt sich dabei zunächst nur, während der Wille der Contrahenten auch rücksichtlich des den Gegenstand des Geschäfts bildenden corpus oder genus an und für sich gebunden erscheint, nur um das quale des Contractsgegenstandes oder mit anderen Worten um die Frage, ob solcher die Eigenschaft einer dem Käufer gefälligen und anständigen Waare habe. Die Ungewißheit des Geschäfts ist eben in dieser sachlichen Qualität, aber nicht direct und unmittelbar in einer mangelnden Vinculirung des Käufers zu finden; denn der Käufer erklärt ja: ich will den Kaufcontract und zwar pretium und res, wie sie beredet worden sind, ich stelle nur die Bedingung, daß letztere so beschaffen sein müsse, daß sie mir gefällt oder ansteht. Daß sich der Käufer möglicher Weise hinter einer solchen Abrede verstecken und den Kauf selbst in dem Falle hintertreiben kann, wenn ihm zwar die Waare gefällt, das Geschäft aber an und für sich nicht mehr ansteht, hat in dem, aus einem gewissen Nothstande hervorgegangenen, unvollkommenen Rechtssatze seinen Grund, daß im Zweifel Dasjenige, was erklärt wird, auch als wirklicher Wille des Handelnden gelten müsse.

Eine andere, schon bei den Glossatoren sich vorfindende, besonders von Placentinus und einige Jahrhunderte später von Chesius vertretene Meinung sucht die Gültigkeit der emtio ad gustum damit zu erklären, daß bei dieser das Zustandekommen des Geschäfts wenigstens nicht ausdrücklich von der Willkür des Käufers abhängig gemacht sei, wie es der Fall sein würde, wenn es hieße: „Vendo tibi, si volueris, hanc rem". Vielmehr laute die Bedingung wörtlich nur dahin:

„wenn dem Käufer die Waare gefalle, wenn er sie billige.“ Daß die Erfüllung dieser Bedingung der Sache nach ganz im Belieben des Käufers stehe, schade nichts, da nur durch Verstellung auf die expressa, nicht auf die velata voluntas des Käufers ein Kaufgeschäft nichtig werde. Nach dieser Erklärung darf ein Geschäft, um gültig zu sein, nicht geradezu und ausdrücklich von der Willkür oder dem Belieben des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden, während jede andere Bedingung, selbst wenn ihre Erfüllung der Sache nach ebenfalls rein von der Willkür des zu Verpflichtenden abhängen würde, unschädlich sein soll.

Zwischen den obigen beiden Ansichten der Glossatoren besteht aber meines Erachtens kein durchgreifender Unterschied, wie sich aus nachfolgenden allgemeinen Rechtssätzen ergeben dürfte:

Als hauptsächlichstes Element eines jeden Rechtsgeschäfts ist bekanntlich der auf den Gegenstand und den juristischen Zweck desselben gerichtete Wille des Handelnden anzusehen. Das Vorhandensein eines so fixirten einseitigen oder übereinstimmenden Willens wäre nun für die Entstehung von Rechtsgeschäften vollkommen ausreichend, wenn der Wille eine in die äußere Erscheinung tretende Thatsache bildete und mithin an und für sich allgemein erkennbar wäre. Da solches aber nicht der Fall ist, so muß zu der Richtung des Willens auf den Gegenstand und den juristischen Zweck des Rechtsgeschäfts (dem Entschlusse) noch ein anderer Factor, die Willensäußerung, (bei Rechtsgeschäften die s. g. Willenserklärung) gewissermaßen als nothwendiges Uebel hinzutreten. In einer Art Nothstand, in welchem sich das Recht befindet, hat dasselbe nicht blos zu dem Satze greifen müssen, daß zur Entstehung eines Rechtsgeschäfts eine Willensäußerung (Willenserklärung) erforderlich sei, sondern auch noch durch die Bestimmung, daß das Erklärte als wirklicher Wille des Handelnden gelten solle, der Willenserklärung ein gewisses Uebergewicht im Verhältnisse zum wirklich Gewollten einräumen müssen. Ist demnach die erstgedachte, lediglich auf den wirklichen Willen der Handelnden sehende Glossatorenansicht theoretisch vollkommen richtig, so empfiehlt sich doch die letztere von Placentinus und Chesius ver-

tretene Meinung vom rein praktischen Standpunkte aus insofern, als sie eben hinzufügt, daß der bei der emtio ad gustum in Betracht kommende Wille der Contrahenten, die Gültigkeit des Geschäfts von der Billigung der Waare Seitens des Käufers abhängig machen zu wollen, aus der Form der betreffenden Willenserklärung erschlossen werden müsse.

Zu einer solchen Divergenz der Glossatoren in ihren Meinungen wäre es wohl überhaupt nicht gekommen, wenn dieselben in jenen, mehr auf philosophischer Grundlage beruhenden allgemeinen Rechtslehren eben so bewandert gewesen wären, wie sie vorzügliche Kenner der römischen Rechtsquellen gewesen sind.

Uebrigens ist es noch ein anderer, in der Natur der Bedingungen liegender Gesichtspunkt, welcher meines Erachtens bei dem Versuche, die emtio ad gustum mit den erwähnten allgemeinen Rechtsprincipien in Einklang zu bringen, nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. [29])

Ein voller Contractsschutz tritt bei suspensiv bedingten Geschäften erst mit dem Eintritte der Bedingung ein; bis dahin besteht ein Zustand des Schwebens, der einem vollen und wirksamen Contracte nicht gleichgeachtet werden kann, sondern die betreffenden Contrahenten nur verpflichtet, die Entscheidung abzuwarten und, soweit nicht die Bedingung selbst dazu ermächtigt, nichts zu unternehmen, was dem demnächstigen Zustandekommen des Geschäfts hinderlich sein kann. Von diesem Gesichtspunkte aufgefaßt verliert denn auch der über obige und ähnliche Fragen geführte Streit erheblich an Bedeutung; denn es ist nicht abzusehen, weshalb nicht der geringe, fast nur auf eine Sicherung von Erwartungen gerichtete Schutz, welcher bedingten Rechtsgeschäften während noch schwebender Bedingung zu Theil wird, auch solchen Beredungen zu statten kommen sollte, welche wie die emtio ad gustum noch in Nebenpunkten von dem Willen des einen Contrahenten abhängig sind, und weshalb nicht volle Contractsrechte eintreten sollen, wenn —

---

29) Angedeutet findet sich derselbe bei Goldschmidt a. a. O. I. S. 270 ff. S. 275 ff.

was ja erst volle Perfection zur Folge hat — der abhängig gemachte Wille hinterher in einer das Zustandekommen des Geschäfts sichernden Richtung vollständig fixirt wird.

Und so trifft denn auch jener Einwand, daß es bei der Abhängigmachung der Preisbestimmung von dem arbitrio eines der Contrahenten an einem bindenden Vertragswillen fehlen würde, nur die eine, von jenen eigentlich nicht gewollte Alternative, daß es einer derartigen Abrede ungeachtet nicht zur Arbitrirung kommen würde. Hier würde aber, gleich wie in dem Falle, wenn die Preisbestimmung dem arbitrio eines bestimmten Dritten anheimgestellt worden ist, negotium imperfectum schon wegen Nichteintritts der in solcher Abrede enthaltenen Bedingung anzunehmen sein. Wie nun aber in dem hier vorwiegend in Betracht kommenden und praktisch allein bedeutsamen Falle, wenn der zur Preisbestimmung ausersehene Contrahent wirklich ex bono et aequo arbitrirt und auch in der That eine vernünftige und sachverständige Taxe des Kaufobjects einbringt? Hier, wo der Wille auch nicht einmal indirect mehr vom Willen in Abhängigkeit steht, wird man unmöglich einwenden können, daß es dem obligatorischen Verhältnisse noch an einem juris vinculum fehle.

Für die Annahme, daß die Preisbestimmung nicht arbitrio boni viri einem der Contrahenten überlassen werden könne, fehlt es demnach ganz und gar an sicheren Anhaltspunkten in den Quellen. Das gänzliche Schweigen derselben über einen solchen Modus der Preisbestimmung erklärt sich wohl einfacher und natürlicher daraus, daß es im Verkehrsleben der Römer wenig gebräuchlich gewesen sein mag, sich hinsichtlich des quid, quale, quantum einer contractlichen Leistung auf das billige Ermessen des Mitcontrahenten zu verlassen, [30]) und daß daher auch die römischen Juristen, welche sich mit ihren wissenschaftlichen Erörterungen vorzugsweise an die Rechtserscheinungen des gewöhnlichen Lebens zu halten pflegten, an einen solchen Fall der Preisbestimmung überall nicht

30) Vgl. Heerwart in diesem Archiv XVIII. S. 408ff. Thon in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. X. S. 202 u. 203.

gedacht haben mögen. Eben so gut ist es auch möglich, daß jene über eine solche Anwendung jenes allgemeinen Satzes, daß hinsichtlich der Modalitäten einer contractlichen Leistung auf das Arbitrium einer bestimmten Person provocirt werden könne, vollkommen einverstanden gewesen sind und deshalb eine besondere Erwähnung oder Hervorhebung desselben für überflüssig gehalten haben. Da demnach die hier fragliche Anwendung jenes allgemeinen Satzes, daß die Preisbestimmung dem arbitrio boni viri einer bestimmten Person überlassen werden könne, weder durch besondere Rechtsvorschrift untersagt ist, noch mit anerkannten allgemeinen Rechtsprincipien und dem Geiste des römischen Rechts überhaupt im Widerspruche steht, so ist für uns kein zureichender Grund vorhanden, eine solche Abrede, wonach die Preisbestimmung dem billigen Ermessen des Käufers oder Verkäufers anheimfallen soll, für rechtlich unstatthaft zu halten.

Wie nun aber in dem Falle, wenn der betreffende Contrahent, dessen billigem Ermessen die Preisbestimmung überlassen worden ist, nicht arbitriren will?

Wir begegnen hier einem Meinungsstreite zwischen den älteren Rechtslehrern. Donellus lehrt, daß in einem solchen Falle das Rechtsgeschäft, welches nach der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten und der darüber geltenden Regel Justinian's in l. ult. C. de contrah. emt. 4, 38 als ein bedingtes zu betrachten sei, wegen Deficienz dieser Bedingung sich zerschlage. Noodt dagegen nimmt mit Berufung auf die Regel in l. 161 D. de reg. jur. 50. 17:

> quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset,

an, daß das Geschäft Wirksamkeit erlange, indem hier zur Strafe für den betreffenden Mitcontrahenten angenommen werden müsse, als habe dieser wirklich arbitrirt.

Letzterer stützt sich zunächst auf l. 3 C. de dotis promissione 5, 11, wonach die Bestellung einer den Verhältnissen angemessenen Dos erzwungen werden kann, wenn der Promittent sein Versprechen: daturum se quodcunque arbitratus fuisset

nicht in Erfüllung gehen läßt. Diese Verordnung ist indeß nur ein Ausfluß des bekannten Grundsatzes, daß Dotalversprechen, als auf eine causa favorabilis sich beziehend, thunlichst aufrecht erhalten werden sollen; sie ist deshalb als eine in der Natur dieses Rechtsverhältnisses begründete Singularität zur analogen Anwendung nicht geeignet. In milderer Beurtheilung des von der Frau selbst oder einem jeden extraneus gegebenen Dotalversprechens, welches non demonstrata re vel quantitate keine Geltung haben soll, [31]) wird in der obigen Constitution ausgeführt, daß es als zureichende demonstratio rei vel quantitatis schon gelten müsse, wenn dieserhalb nur auf das arbitrium einer bestimmten Person Bezug genommen werde, in dem dann im Zweifel das auf sicherer objectiver

---

31) l. 1 C. de dotis prom. 5. 11. Während hier geradezu ausgesprochen wird, daß ein Dotalversprechen ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes keine Geltung habe, wird in l. 69 §. 4 D. de jure dotium 23. 3. ein solches Versprechen „arbitrio quoque detracto" für zulässig erklärt. Beide Stellen lassen sich mit Duaren folgendermaßen vereinigen: In der letztgedachten Stelle ist von dem Vater der Frau, als promissor dotis, die Rede. Ein unbestimmtes Dotalversprechen desselben soll gelten, und zwar wohl aus dem Grunde, weil dieser zur Dotirung der Tochter pro viribus facultatum et dignitate mariti, also in gesetzlich normirtem Maße, verpflichtet ist. Anders bei der Frau und jedem extraneus, von welchen die l. 1 cit. handelt. Diese sind zur Bestellung einer dos nicht verpflichtet, und es brauchen insbesondere Frauen überall keine dos zu inferiren, oder sie können auch ganz werthlose Gegenstände als solche zubringen. Das von der Frau oder einem Dritten ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes gegebene Dotalversprechen muß demnach wegen völliger Unbestimmtheit des Gegenstandes als wirkungslos betrachtet werden. Als zureichende demonstratio rei vel quantitatis soll es aber schon gelten, wenn dieserhalb nur auf das billige Ermessen des Promittenten selbst Bezug genommen wird; und so läßt sich wiederum die l. 1 mit der l. 3 cit. in Einklang bringen.

Daß ein Dotalversprechen, nach welchem der Umfang der Verpflichtung arbitrio boni viri pro viribus facultatum festgestellt werden soll, als hinreichend bestimmt gilt, folgt auch z. B. aus l. 1 §. 1 D. de legatis 2: „Boni viri arbitrium, injectum legato, velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii." l. 19 D. de ritu nuptiarum 23. 2. l. ult. C. de dotis promiss. 5. 11. l. 43 D. de legatis 8.

Grundlage beruhende arbitrium boni viri angerufen zu sein scheine und der Umfang der Verpflichtung nöthigen Falls durch richterliches Ermessen mit Berücksichtigung der Vermögens- und Standesverhältnisse der Betheiligten festgestellt werden könne.

Die von Noodt ferner angezogene l. 30 D. de operis libert. 38, 1:

Si libertus ita juraverit, dare se, quot operas patronus arbitratus sit, non aliter ratum est arbitrium patroni, quam si aequum arbitratus sit. Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint;

berührt die aufgeworfene Frage überall nicht, sondern handelt lediglich von der früher besprochenen Interpretationsfrage und dem materiellen Gehalte des arbitrii boni viri. Auch in anderer Beziehung läßt die Stelle keine analoge Ausdehnung zu, weil das darin enthaltene Beispiel in dem besonderen Verhältnisse des Patrons zum Freigelassenen seinen Erklärungsgrund findet.

Noodt beruft sich ferner auf die schon besprochene l. 7 D. de contr. emt. 18, 1, worin es heißt, daß die dem Verkaufe eines Sclaven beigefügte Bedingung:

si ipse dominus (rationes) putasset suo arbitrio

als erfüllt betrachtet werden müsse, wenn der Verkäufer die Abrechnung mit dem Sclaven genehmigen konnte, aber sie nicht genehmigte.

Dieser Fall beruhet aber auf ganz anderen thatsächlichen Voraussetzungen und ist deshalb zu einer analogen Anwendung nicht geeignet. Es liegen in demselben alle wesentlichen Erfordernisse des Kaufgeschäfts, namentlich eine Vereinbarung über Waare und Kaufpreis, vor, und es kann deshalb ein derartiges Rechtsgeschäft volle Wirksamkeit erlangen, auch wenn die demselben beigefügte Bedingung nicht wirklich in Erfüllung gegangen ist, dessen Erfüllung vielmehr nur fingirt wird. Anders in unserem Falle, wo in Folge einer derartigen Fiction zwar angenommen werden kann, daß der Mitcontrahent überhaupt eine Taxe abgegeben, nicht aber auch, wie hoch derselbe den

Kaufpreis bestimmt habe. Es würde hier also immer noch an einem wesentlichen positiven Erfordernisse für die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts, nämlich einem pretium certum oder wenigstens jedem rechtlichen Anhaltspunkte für die Preisbestimmung fehlen. A kauft z. B. von dem B eine Uhr und soll den Kaufpreis ex aequo et bono festsetzen. Bestimmt er ihn nicht, so könnte allerdings nach jener Regel über fingirte Erfüllung von Bedingungen die Taxe als abgegeben und das Geschäft als perfect angesehen werden. Aber was soll man hier als Taxe gelten lassen? Soll man etwa einen Anderen als arbitrator zulassen? Das streitet wieder gegen den Inhalt des Vertrags. Eventuell wen? Darüber fehlt es ebenfalls an vertragsmäßigen und allgemein gesetzlichen Dispositionen. Wir ersehen hieraus, daß man mit der Noodt'schen Ansicht schon auf unüberwindliche Schwierigkeiten in der Ausführung stößt.

Es verdient also die Meinung Donell's den Vorzug, welcher annimmt, daß ein Kaufgeschäft, bei welchem die Preisbestimmung in das billige Ermessen eines der Contrahenten selbst gestellt wird, als ein bedingtes zu betrachten sei und sich deshalb zerschlage, wenn der dazu ausersehene Contrahent nicht arbitriren könne oder wolle. Wenn wir diese Art der Preisbestimmung überhaupt für zulässig halten, so geschieht es eben aus dem Grunde, weil wir sie als einen besonderen Anwendungsfall jener allgemeinen Regel betrachten, daß die Preisbestimmung dem arbitrio einer bestimmten Person überlassen werden kann. Es muß demnach auch von diesem speciellen Falle gelten, was von der Regel im Allgemeinen in l. ult. C. de contrah. emt. 4, 38 gesagt ist, wir müssen nämlich annehmen, daß nach der muthmaßlichen Willensmeinung der Contrahenten das Geschäft in der Weise bedingt sei, daß es sich zerschlagen solle, wenn der ernannte Contrahent nicht arbitriren kann oder will.[32])

V.

Schließlich möge hier nun noch des praktischen Interesses

32) Aus demselben Grunde kann denn auch bei einer solchen, von einem der Contrahenten selbst ausgehenden Preisbestimmung eine s. g. reductio ad arbitrium boni viri stattfinden.

wegen eine Frage kurz berührt werden, welche allerdings zu der oben behandelten Materie in keiner directen Beziehung steht, sondern mehr in die Lehre von den Willenserklärungen und deren Auslegung gehört.

Im gewöhnlichen Verkehre, besonders mit Kaufleuten und Handwerkern, kommen häufig Fälle vor, wo die Parteien über die kaufweise Uebergabe einer Waare einverstanden sind, ohne daß eine Vereinigung über den zu gewährenden Preis zu Stande gekommen ist.

Kann man ein derartiges Geschäft überhaupt unter den Gesichtspunkt einer emtio venditio bringen? und darf man hier namentlich von der Voraussetzung ausgehen, daß die Parteien stillschweigend übereingekommen seien, es solle die Festsetzung des Kaufpreises arbitrio boni viri erfolgen und es dürfe dies Arbitrium zunächst von dem Mitcontrahenten ausgeübt werden?[33])

Ein eigentliches Kaufgeschäft wird man in solchen Fällen nur da annehmen können, wo der Gegenstand des Geschäfts einen Marktpreis oder einen gangbaren, durch polizeiliche Einrichtungen (Taxen) oder Gewohnheit fixirten Preis hat, wie solches z. B. beim Getreide, bei Staatspapieren, Fabrikaten, Bäckerwaaren und ähnlichen gangbaren Erzeugnissen der Gewerbtreibenden der Fall ist. Hier, wo durch die Verkehrsverhältnisse, durch Gewohnheit und staatliche Einrichtungen ein fester objectiver Maßstab für die Werthsverhältnisse von Sachen gegeben ist, darf mit Grund angenommen werden, daß ihn auch die Contrahenten beim Abschlusse des Geschäfts im Auge gehabt haben.[34]) Es handelt sich gewissermaßen um eine durch Gesetz oder Gewohnheit begründete dispositive Rechtsnorm, der die Contrahenten, wenn sie nicht etwas Anderes ausdrücklich vereinbaren, mit ihren Rechtsverhältnissen unterworfen sind.

---

33) Hofacker princ. jur. III. §. 1905 b. Holzschuher Theor. und Caf. III. S. 656. Thon in der Zeitschr. für Civilr. und Pr. X. S. 202. Treitschke der Kaufcontract S. 54 Anm. Seuffert Archiv II. 166. 284. IV. 166. XVI. 41.

34) Man denke z. B. an ein Fünfgroschenbrot, das man — auch ohne solche Bezeichnung — aus einem Bäckerladen entnimmt.

Bei Lieferungen oder Lieferungszusagen der gedachten Art ist also in der That eine stillschweigende Uebereinkunft über eine bestimmte oder objectiv bestimmbare Summe vorhanden, welche das Geschäft perfect macht.[35]) — Anders, wenn es an einem solchen, durch Gesetz, Sitte oder Gewohnheit recipirten allgemeinen Maßstabe und folglich an thatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Preisbestimmung ganz und gar fehlt. Nach römischer Auffassung (§. 1 I. de emt. et vend. 3, 23. pr. I. de loc. et cond. 3, 24. l. 35 §. 1 D. h. t. l. 2 pr. D. loc. cond. 19, 2.) liegt in Fällen dieser Art zwar ein durch die Leistung von einer Seite vermittelter Innominatcontract, aber keine eigentliche emtio venditio vor, und es geht demnach die Forderung des Kaufmanns oder Handwerkers, der die Waare ohne Bestellung oder wenigstens ohne Vereinbarung über den Preis geliefert hat, nur auf ein entsprechendes Aequivalent in Gelde; [36]) während das Geschäft imperfect bleiben und jeder Anspruch auf Erfüllung cessiren würde, wenn zu einer solchen, aller directen und indirecten Preisbestimmung entbehrenden Convention die Lieferung des zugesagten Objects nicht hinzugekommen sein würde.

Darf man nun aber rücksichtlich solcher Lieferungen — mag das Geschäft als emtio venditio oder als Innominatcontract sich darstellen — annehmen, daß die Parteien stillschweigend übereingekommen seien, es solle die Festsetzung des Preises arbitrio boni viri erfolgen, und es dürfe dies arbitrium zunächst von dem Mitcontrahenten ausgeübt werden?

Einer solchen Annahme stehen meines Erachtens nicht unerhebliche Bedenken entgegen. Woraus will man zunächst den tacitus consensus, daß der andere Contrahent ex bono et

35) Vinnius comm. ad Inst. III. 24. §. 2 sqq. Hofacker l. c. §. 1905. Struben rechtl. Bedenken II. S. 248. Bed. LXI. ad Nr. 1. Sintenis Civilr. §. 83. Anmkg. 65. a. E. Arndts Pand. §. 300. Anmkg. 3. Treitschke a. a. O. S. 56. Anmkg. sub. E. Thöl Handelsrecht §. 64 Note 3. „Ist der Preis nicht verabredet, so gilt als gemeint der Marktpreis."

36) Vgl. über diese Frage, deren Erörterung eine besondere Abhandlung nöthig machen würde, v. Vangerow Pand. III. S. 427 fg.

aequo arbitriren solle, folgern? Etwa aus den Auffassungen und Anschauungen des gemeinen Lebens? Ist man auch im gewöhnlichen Verkehrsleben darin einverstanden, daß dem Kaufmann, bei dem man ohne weitere Vereinbarung Waaren ausnimmt, oder dem Handwerker und Künstler, von dem man sich ohne weitere Veredung über den Preis Arbeiten liefern läßt, eine angemessene und übliche Geldentschädigung gezahlt werden solle, so pflegen sich doch die Betheiligten bei solchen Bestellungen oder Lieferungen keine bestimmte Vorstellungen darüber zu machen, wie es demnächst, wenn eine nachträgliche Verständigung über den Preis nicht zu Stande kommen sollte, mit dessen Bestimmung gehalten werden solle. Will man den Contrahenten in solchen Fällen überhaupt eine bestimmte Willensmeinung unterlegen, so rechtfertigt sich wohl am natürlichsten und einfachsten die Annahme, daß sie demnächst, wenn die Frage von dem Betrage der Geldentschädigung durch Zufertigung der Rechnung oder anderweite Forderung des Berechtigten Bedeutsamkeit erlangen würde, deshalb mit einander haben verhandeln oder die Bestimmung des Preises dem gutachtlichen Ausspruche eines unbetheiligten Dritten haben überlassen wollen. Eine derartige Annahme entspricht der bekannten Interpretationsregel, daß im Zweifel das Geringere, das weniger Belästigende anzunehmen, also zum Vortheile des Verpflichteten zu interpretiren ist:

l. 9. D. de regulis jur. 50. 17: Semper in obscuris quod minimum est sequimur;

l. 56 eodem: Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt;

denn es liegt auf der Hand, daß das arbitrium eines unbetheiligten Dritten den Interessen des Verpflichteten nicht so leicht zum Nachtheile gereichen wird, als die Preisbestimmung durch den beim Ausfalle interessirten Gegencontrahenten.

Wollte man aber auch zugeben, daß man nach den Anschauungen und Auffassungen des gemeinen Verkehrslebens häufig darin einverstanden sei, es in Fällen der gedachten Art zunächst auf die Forderung des Kaufmanns, Künstlers, Handwerkers ꝛc. ankommen zu lassen und sich deren Schätzung zum

voraus zu unterwerfen, so würde eine derartige verbreitete Volksanschauung doch nur dann eine für jeden einzelnen Fall bindende Interpretationsregel abgeben können, wenn dieselbe geradezu alle wesentlichen Voraussetzungen einer gewohnheitsrechtlichen Norm an sich trüge. Daß solches wirklich der Fall sei, daß insbesondere jene Auffassung eine constante und gleichförmig sich wiederholende sei und auf dem Bewußtsein einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhe, wird sich aber schon im Hinblicke auf die verschiedenartige Beurtheilung dieser Frage in der Praxis mit einigem Scheine Rechtens nicht behaupten lassen.[37])

IV.

Die Einregistrirung und die damit zusammenhängenden Einrichtungen.

Von Herrn **Adolf Müller**,
Secretär des Großh. Hess. Bezirks- und Handelsgerichts Alzey.

Jetzt, wo vielleicht bald eine einheitliche deutsche Gesetzgebung geschaffen werden wird, ist es sicherlich an der Zeit, alle Rechts-Einrichtungen, mögen dieselben einheimische, oder vom Auslande überkommene sein, einer gründlichen Besprechung zu unterwerfen, und wird bei manchen Einrichtungen vor Allem die Frage entstehen, ob dieselben bei den neu einzuführenden Gesetzen beibehalten werden sollen oder nicht. Diese Frage wird sich voraussichtlich auch bei dem aus Frankreich nach Deutschland verpflanzten Institut „der Einregistri-

37) Praktisch bedeutsam für die Klagbegründung und die Beweislast ist unsere obige Auffassung insofern, als danach derjenige, welcher die Waare geliefert oder die Arbeit gefertigt hat, zu behaupten und eventuell nachzuweisen haben würde, daß das von ihm geforderte Aequivalent ein angemessenes oder entsprechendes sei, und insofern keineswegs schon seine Forderung an und für sich als arbitrium boni viri, vorbehaltlich einer vom Gegner zu beantragenden reductio, als normgebend zu betrachten sein würde.